

RAÚL CERVINI
GABRIEL ADRIASOLA

RESPONSABILIDADE PENAL DOS PROFISSIONAIS JURÍDICOS

Os limites entre a prática jurídico-notarial
lícita e a participação criminal

Prefácio: Gonzalo D. Fernández
Apresentação: André Luís Callegari

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

STJ00096834

RESPONSABILIDADE PENAL DOS PROFISSIONAIS JURÍDICOS

*Os limites entre a prática jurídico-notarial lícita
e a participação criminal*

RAÚL CERVINI

GABRIEL ADRIASOLA

Tradução: Anderson Vichinkeski Teixeira e André Fernandes Estevez

Revisado e atualizado ao direito brasileiro: Joerberth Pinto Nunes

GONZALO D. FERNÁNDEZ

Prefácio

ANDRÉ LUÍS CALLEGARI

Apresentação

© desta edição [2013]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

GISELLE TAPAI

Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [06-2013]

Profissional

Fechamento desta edição: [23.05.2013]



00741

ISBN 978-85-203-4736-2

Sys: 976296

SUMÁRIO

PREFÁCIO	5
APRESENTAÇÃO	9
ABREVIATURAS	27
INTRODUÇÃO	29
1. BREVE RESUMO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA TEORIA DA PARTICIPAÇÃO CRIMINAL	33
1.1 A função da teoria da participação criminal e seus limites	33
1.1.1 Objetivo do capítulo	33
1.1.2 O uso e abuso da Teoria da Participação Criminal: diferenças entre participação e delitos plurissubjetivos	33
1.1.3 A participação criminal no direito comparado	35
1.2 Princípios gerais da participação aos quais está submetida a conduta de cada partícipe	36
1.2.1 Identidade do delito	36
1.2.2 Princípio de execução	37
1.2.3 Relevância das condutas	37
1.2.4 Dolo de participar	37
1.3 Vias de concreção da participação criminal	39
1.3.1 Os papéis da participação criminal: autoria, coautoria e cumplicidade	39
1.3.2 Conceito de autor	39
1.4 As teorias elaboradas para definir autor e distingui-lo do partícipe	42
1.4.1 A teoria subjetiva	42
1.4.2 A teoria objetivo formal: suas modificações	42
1.4.3 A teoria do “domínio do fato”	43
1.5 A coautoria	44
1.5.1 Definições de coautoria no CPU	44
1.5.2 A coautoria por instigação	44

1.5.3	A coautoria por cooperação direta no período da consumação ..	45
1.5.4	A coautoria por ato necessário na preparação ou na execução	45
1.6	A cumplicidade	46
1.6.1	Alcances da cumplicidade no CPU.....	46
1.6.2	A cooperação material	47
1.6.3	A cooperação moral	47
1.7	A evolução do dogma causal até a teoria da imputação objetiva do resultado	47
1.7.1	Da imputação causal à imputação como conceito jurídico-normativo	47
1.7.2	Compatibilidade da teoria da imputação objetiva com as regulações dos cursos concausais	51
1.7.3	A ação juridicamente desaprovada	52
1.7.4	A doutrina funcionalista	54
1.7.5	Riscos da teoria sobre a culpabilidade	57
2.	MARCO DE ATUAÇÃO DO ADVOGADO NO EXERCÍCIO DA DEFESA PENAL	63
2.1	Diferenças entre patrocínio em juízo e assessoramento legal	63
2.1.1	Relevância dessa dupla vertente no exercício da advocacia.....	63
2.2	O Magistério da Defesa no Estado Democrático Constitucional de Direito: o papel do defensor penal	64
2.2.1	A figura social do advogado	64
2.2.2	O papel do defensor penal a partir de uma visão garantista.....	66
2.2.3	O papel do defensor penal na proteção do contraditório como princípio essencial do processo	68
2.2.4	O princípio da “ampla defesa”	70
2.3	A defesa penal e o “problema da verdade”: deveres do advogado para com o Estado ou para com seu cliente?	71
2.3.1	O defensor penal não persegue a “verdade material”	71
2.3.2	O “problema da verdade” e o segredo profissional	72
2.3.3	A tutela de documentos entregues pelo acusado a seu defensor ..	74
2.4	O limite entre a defesa penal legítima e o encobrimento ao cliente	75
2.4.1	Breve referência à evolução do delito de encobrimento no direito uruguaio	75

2.4.2	O defensor penal pode ser sujeito ativo do delito de encobrimento.....	78
2.4.3	Crítérios para deslindar a defesa penal legítima do advogado e sua atuação como sujeito ativo do delito de encobrimento.....	78
2.4.4	Recepção pelo defensor penal de evidência incriminadora do cliente e o “conselho de ocultar evidência”.....	79
2.4.5	A “permissão” do defensor penal para vulnerar determinados bens jurídicos com a finalidade de preservar o direito do cliente a não fazer prova contra si mesmo	80
2.4.6	A defesa penal e seus deveres para com a “Administração da Justiça”	82
2.4.7	Bem jurídico e função.....	83
2.4.8	O “processo” como núcleo do conceito “Administração da Justiça” e suas consequências sobre o exercício da defesa penal...	85
2.4.9	O defensor penal somente incorre no delito quando produz evidência falsa, utiliza de coação ou propicia que terceiros não imputados induzam o juízo em engano.....	90
2.4.10	O defensor penal não pode dar conselho que beneficie a parte acusadora	96
2.4.11	Qualquer ação do advogado que beneficie a acusação pode configurar delito de prevaricação	98
2.4.12	As teses sobre a “imunidade” do advogado defensor	99
2.5	Limitações ao direito de defesa: o advogado cúmplice do réu.....	101
2.5.1	O defensor penal que é, por sua vez, advogado de uma organização criminosa	101
2.5.2	Os “advogados em nome” de uma organização criminosa: defesa do cliente ou defesa da organização? Possibilidade de que o juiz afaste o advogado por razões de conflito de interesses...	103
2.5.3	Um problema da atualidade: a recepção de honorários maculados	105
3.	O ADVOGADO EM SUA FUNÇÃO DE ASSESSOR OU CONSELHEIRO LEGAL NO LITIGIOSO	111
3.1	O assessoramento profissional: alcance em sua atuação legítima.....	111
3.1.1	O assessoramento e aconselhamento legal como segunda modalidade do exercício da advocacia.....	111

3.1.2	Enquanto assessor extrajudicial o advogado não se beneficia das permissões para violar determinados bens jurídicos que estão em seu papel como defensor penal.....	112
3.1.3	As hipóteses em que o advogado-assessor pode se converter em partícipe de um delito cometido pelo cliente	113
3.2	O advogado assessor como indutor do delito	113
3.2.1	Alcance do conceito de indução em matéria de assessoramento legal.....	113
3.2.2	A denominada “indução em cadeia”: o debate sobre a punibilidade do “assessor do assessor”	114
3.2.3	Hipóteses mais frequentes de assessoramento indutor: fraudes tributárias e insolvências puníveis.....	115
3.2.4	“Indução” e “explicação ao cliente”: consequências desta diferenciação para o advogado.....	116
3.3	O advogado-assessor como “dono do fato”: uma segunda hipótese de responsabilidade penal.....	117
3.3.1	O advogado-assessor como “dono do fato” induz em erro o cliente	117
3.3.2	No caso do advogado-assessor que atua como dono do fato o cliente é impune por atuar em erro de proibição	118
3.4	O advogado que dá um “mero conselho” como atividade estereotipada	119
3.4.1	Conceito do exercício da advocacia como atividade estereotipada: o aproveitamento do “mero conselho” por parte do cliente para cometer um delito.....	119
3.4.2	O conceito de “ações neutrais” aplicado ao conselho profissional do advogado: sua impunidade como regra geral	120
3.4.3	Quando as “ações neutrais” do advogado deixam de ser penalmente irrelevantes? A vinculação intencional do advogado-assessor ao fato do cliente	121
3.4.4	Exclusão da repreensão subjetiva sob o dogma do dolo eventual quando existe “vinculação ao fato” por parte do advogado. Tese da ausência de tipicidade subjetiva.....	121
3.4.5	Tese da ausência de tipicidade objetiva em consonância com a separação dos códigos deontológicos	122
3.4.6	Tese que sustenta a impunidade do advogado na “proibição de regresso”	123

3.4.7	Crítica a estas teses. Tomada de posição: o advogado não pode ser “polícia” de seu cliente.....	124
3.4.8	O problema das “ações neutrais” a partir da teoria da “imputação objetiva” na reformulação de Frisch	126
3.5	O assessoramento com fins ilícitos <i>ab initio</i> : o advogado assessor como cooperador necessário.....	127
3.5.1	Uma quarta hipótese de responsabilidade penal do advogado-assessor	127
3.5.2	O advogado como cooperador necessário no delito do cliente: a coautoria por ato profissional indispensável.....	128
3.6	O advogado assessor como autor ou como partícipe.....	129
3.6.1	O advogado assessor como autor por determinação do tipo objetivo ou pela natureza do delito	129
3.6.2	A regra: o advogado-assessor será partícipe, a menos que atue como “dono do fato” ou o tipo objetivo reconheça o assessoramento como caso de autoria.....	129
3.6.3	O advogado-assessor nos delitos especiais: caso de participação, não de autoria.....	130
3.6.4	Assessoramento e execução da ação típica	132
3.6.5	O assessoramento do advogado elevado à categoria de autoria típica: o bloqueio de capitais	134
3.6.6	O significado do assessoramento no tipo legal	135
3.6.7	O assessoramento permanente a uma associação ilícita	137
3.6.8	Consequências dos diversos atos de assessoramento analisados sobre a participação criminal.....	139
4.	ATUAÇÕES DO ADVOGADO FORA DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL: O MANDATÁRIO, O PROCURADOR COM PLENOS PODERES E O “LARANJA”	143
4.1	Importância de diferenciar entre atuações inerentes e fora do exercício profissional.....	143
4.1.1	Advogado-assessor jurídico e advogado mandatário. Consequências da distinção.....	143
4.1.2	Consequências do atuar do advogado fora do âmbito profissional sobre as chamadas “ações neutras” ou estereotipadas	144

4.1.3	Consequências das atuações do advogado como mandatário ou procurador com plenos poderes do cliente no âmbito da participação criminal	144
4.2	Acordo criminal entre advogado-procurador com plenos poderes e cliente com o propósito de fraudar	145
4.2.1	Pressupostos dessa hipótese: o acordo criminoso prévio. A qualificação do papel do advogado-representante nos delitos especiais	145
4.2.2	Casos em que o advogado-representante pode ser partícipe ou autor. O advogado utilizado pelo cliente para delinear requisitos típicos: o atuar no lugar de outro	147
4.3	Advogado-procurador com plenos poderes que executa o tipo com desconhecimento do cliente	148
4.3.1	A regra nesses casos é a responsabilidade do advogado-procurador com plenos poderes como autor do fato punível	148
4.3.2	O advogado-procurador com plenos poderes de uma pessoa física ou de uma empresa. Relevância da distinção quanto à imputação objetiva	148
4.3.3	A qualidade de confiança do advogado-representante como exclusão de responsabilidade do representado no âmbito da empresa	149
4.4	O advogado-procurador com plenos poderes que executa o tipo com desconhecimento da ilicitude de seu atuar	150
4.4.1	O advogado representante como “instrumento cego” do representado	150
4.5	A figura do “laranja”	151
4.5.1	Quando é atribuível censura penal ao “laranja”?	151
4.5.2	A finalidade de ocultar a identidade do cliente como eixo central da figura do “laranja”. Sua relevância penal	152
4.5.3	O “laranja”: autor ou partícipe?	153
4.5.4	A natureza de espantalho do “laranja” exclui a autoria	153
4.6	A imputação subjetiva no caso do advogado-mandatário ou representante	154
4.6.1	Regras de imputação subjetiva para o assessor jurídico que atua como procurador com plenos poderes	154
4.6.2	Aplicação da “cegueira intencional” como elemento do tipo subjetivo	155

4.6.3	Cegueira intencional e imprudência dirigida	157
4.6.4	Consideração da cegueira intencional como dolo eventual	158
4.6.5	A imputação do dolo ao advogado representante no âmbito da pessoa jurídica e a empresa.....	160
4.7	O profissional que atua como representante e suas consequências na tipicidade da lavagem de dinheiro	165
4.7.1	Incidência da atuação como representante na tipicidade objeti- va	165
4.7.2	A atuação de advogado como mandatário o impede de invocar o sigilo profissional.....	165
4.7.3	A atuação do advogado como mandatário o converte em su- jeito obrigado a reportar operações suspeitas de lavagem de dinheiro	166
4.7.4	A venda de sociedades <i>off shore</i> que são utilizadas pelo cliente para cometer delitos	171
5.	CONSEQUÊNCIAS DO ASSESSORAMENTO ILÍCITO SOBRE O SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO	179
5.1	Alcance do sigilo profissional do advogado	179
5.1.1	O sigilo profissional do advogado abarca tanto a faceta litigiosa como a função de assessoramento	179
5.1.2	O sigilo profissional do advogado desde a perspectiva da defi- nição do conceito de “cliente”	179
5.2	As concepções restritas e amplas do sigilo profissional do advogado.....	180
5.2.1	Concepções restritas	180
5.2.2	Concepções amplas.....	182
5.2.3	O advogado-funcionário público.....	183
5.3	Impossibilidade de relevar judicialmente o sigilo profissional do advo- gado.....	185
5.3.1	O sigilo profissional do advogado como sigilo oponível a qual- quer autoridade.....	185
5.3.2	Inviolabilidade do ambiente do advogado	188
5.3.3	As violações oblíquas ao sigilo profissional do advogado.....	190
5.3.4	Violações oblíquas ao sigilo profissional a partir de inspeções ou buscas e apreensões da autoridade. Generalidades sobre a ordem de arrombamento	190

5.3.5	A cópia de “discos duros” durante o curso da busca e apreensão. Como fazer valer o sigilo profissional	194
5.3.6	As escutas telefônicas entre advogado-cliente	196
5.3.7	A “escuta casual”	197
5.3.8	Exceções à proibição de escutas: o terrorismo	197
5.4	Sistematização de hipóteses em que o advogado não pode invocar a blindagem do sigilo profissional	198
5.4.1	O sigilo profissional nos casos de assessoramento como autoria típica	198
5.4.2	O advogado como indutor ou dono do fato no delito cometido pelo cliente	199
5.4.3	O advogado que se acopla ao fato criminoso do cliente.....	199
5.4.4	Os casos de advogados em nome de organizações criminosas .	201
5.4.5	As atuações como procurador com plenos poderes ou “laranja”	201
5.4.6	As atuações mistas. O advogado que por vezes assessora e atua como representante.....	202
5.4.7	O advogado assessor indutor e que executa o fato em representação ao cliente	202
5.4.8	O advogado assessor como dono do fato que o executa como representante do cliente.....	203
5.4.9	Situação do advogado assessor-representante com referência à realização de “ações neutras”	203
5.5	O assessor “Diretor” societário e o sigilo dos integrantes da diretoria ...	206
5.5.1	Particularidades próprias do diretor de sociedades: o sigilo societário	206
5.5.2	Origem e alcance do sigilo dos diretores societários	206
5.5.3	Sigilo profissional do advogado e sigilo do diretor societário ..	208
5.5.4	Sigilo societário e sigilo da empresa	208
6.	OS TABELIÃES	211
6.1	A função do notário nas profissões jurídicas	211
6.1.1	O notário e a segurança jurídica	211
6.1.2	A função notarial	212
6.1.3	O tabelião como portador de fé pública	212

6.1.4	O caráter obrigatório da atuação do notário quando é requerido para prestar sua função.....	214
6.1.5	O tabelião como assessor imparcial.....	215
6.1.6	O dever de controle de legalidade do tabelião.....	217
6.2	O tabelião e o dever de denunciar.....	219
6.2.1	Dever genérico de denunciar.....	219
6.2.2	O dever de reportar operações suspeitas de lavagem de dinheiro.....	220
6.2.3	O sigilo profissional do tabelião em contraste com o sigilo profissional do advogado.....	221
6.2.4	Razões para incluir o tabelião como sujeito obrigado a relatar operações suspeitas de lavagem de ativos.....	222
6.3	Função notarial lícita e coparticipação criminosa.....	224
6.3.1	Excessos na função notarial que desembocam em atividades delitivas.....	224
6.3.2	Violação à fé pública e participação criminosa.....	224
6.3.3	A função notarial e as ações neutras.....	225
6.3.4	A participação criminosa do notário em negócios genuínos que envolvem fundos delitivos.....	228
6.3.5	Tese do notário como cooperador necessário.....	230
6.3.6	Tese do notário como autor do art. 57 do Dec.-lei 14.294.....	230
6.3.7	Razões pelas quais o notário deve ser considerado “cooperador necessário”.....	231
6.4	A problemática do dolo.....	232
6.4.1	Dolo direto ou dolo eventual na atuação do notário como portador de fé pública.....	232
6.4.2	Diferenças entre a atuação do notário e a atuação do advogado... ..	232
6.4.3	Atuação do notário como assessor.....	234
6.5	Atuações alheias à função notarial.....	236
6.5.1	O notário atuando fora de sua função. Assimilação à análise do mesmo caso com relação ao advogado.....	236
7.	O SIGILO PROFISSIONAL DO TABELIÃO E SEUS DEVERES DE DENÚNCIA.....	237
7.1	O sigilo do notário na normativa uruguaia.....	237
7.1.1	Normativa relacionada com o sigilo profissional do tabelião ...	237

7.1.2	O sigilo notarial no trabalho de assessoramento jurídico e na função de dar fé pública	238
7.2	O tabelião e a lavagem de dinheiro. Âmbito de sua obrigação de relatar	240
7.2.1	Atuações nas que o tabelião é sujeito obrigado a relatar operações suspeitas de lavagem de dinheiro	240
7.2.2	Atividades nas que o notário atua como portador de fé pública...	241
7.2.3	O notário quando atua como mero conselheiro legal não é sujeito obrigado	241
7.2.4	Delimitação das atuações em que o notário está em posição de sujeito obrigado	242
7.3	Obrigações naturais do notário no exercício habitual de sua profissão..	242
7.3.1	O dever de devida diligência e conhecimento das partes	242
7.4	Deveres de vigilância do notário em matéria de prevenção de lavagem de ativos e financiamento do terrorismo	243
7.4.1	Os deveres de “deteccção”, “análise” e “comunicação”	243
7.4.2	Fase de “deteccção” da operação de risco	244
7.4.3	O que e como se deve relatar	248
7.4.4	A fase de “análise”	249
7.4.5	O relatório ou comunicação	250
7.4.6	Deve relatar-se o projeto de operação?	251
7.5	Responsabilidade por omissão de relatar	252
7.5.1	A omissão de relatar por negligência não gera responsabilidade criminal.....	252
7.5.2	O tabelião não está em posição de garante e, portanto, não se pode fundar uma responsabilidade penal sob a modalidade de cometimento do crime por omissão	253
7.5.3	Razões pelas quais se designam sujeitos obrigados: a necessidade de informação por parte do Estado.....	254
7.5.4	O sistema uruguaio não focaliza na responsabilidade penal dos sujeitos obrigados	255
8.	A TÍTULO DE CONCLUSÃO	257
8.1	O papel das profissões jurídicas numa sociedade democrática. Distinções necessárias sobre o exercício profissional de advogados e notários	257

8.1.1	A necessária distinção entre atos próprios da profissão e atos alheios à mesma como ponto de partida de análise.....	257
8.2	O defensor penal e as “permissões” para lesar determinados bens jurídicos.....	259
8.1.3	O papel do advogado como assessor. Atuação profissional ilícita e atuação neutra.....	260
8.1.4	As atuações fora do exercício profissional	263
8.1.5	Repercussões da dupla função de conselheiro legal e portador de fé pública no exercício do notariado.....	265
8.2	O sigilo profissional de advogados e notários.....	267
8.2.1	Sobre a delimitação da esfera do sigilo profissional nas profissões jurídicas	267
8.2.2	Repercussões sobre o sigilo profissional do notário	268
8.3	Reflexões finais	269
BIBLIOGRAFIA		271